

UPDATE VERGABERECHT

DAS ABWERBEN VON MITARBEITERN IST KEIN AUSSCHLUSSGRUND

BayObLG, Beschluss vom 09.04.2021 - Verg 3/21

Auftraggeber (A) schrieb europaweit Objektschutzdienstleistungen aus. In der Wertung wurde unter anderem die Zusicherung, bei der späteren Auftragsdurchführung besonders qualifizierte Mitarbeiter einzusetzen, berücksichtigt. Nach der Angebotsabgabe informierte A den Bieter B, dass er beabsichtige den Zuschlag an Bieter C zu erteilen. B rügte, dass C ausgeschlossen werden müsse, da dieser versucht habe, Angestellte des B abzuwerben. Zudem meint er, dass C nicht über ausreichend Personal verfüge, um das Leistungsversprechen einhalten zu können. Nachdem weder die Rüge noch ein im Anschluss gestellter Nachprüfungsantrag Erfolg hatten, legte B sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! Das Bayerische Oberste Landesgericht lehnte den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde gemäß § 173 Abs. 2 Satz 1 GWB ab. Nach summarischer Prüfung sei die Entscheidung der Vergabekammer nicht zu beanstanden. Bei der Abwerbung von Mitarbeitern eines Konkurrenten handele es sich in der Regel nicht um eine schwere Verfehlung im Sinne des § 124 Abs.1 Nr. 3 GWB. Das Tatbestandsmerkmal der schweren Verfehlung setze voraus, dass die Verfehlung bei wertender Betrachtung einem der zwingenden Ausschlussgründe nach § 123 GWB zumindest nahekomme. Aufgrund einer Verfehlung müsse in Frage gestellt sein, ob auch der zu vergebende Auftrag integer abgewickelt werden könne. Dies sei hier indes nicht ersichtlich. Zudem bestätigt das BayObLG, dass die Berücksichtigung der Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter als Wertungskriterium allgemein sowie die Bewertung des Angebots des C diesbezüglich nicht zu beanstanden seien. Unerheblich sei, ob einem Bieter die zur Leistungserbringung erforderlichen Mittel bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe zur Verfügung stünden. Hier habe A das Leistungsversprechen des C ungeprüft akzeptieren dürfen, da keine Tatsachen vorgelegen hätten, die Rückschluss auf eine zukünftige Nichteinhaltung der eingegangenen Verpflichtungen zuließen.

Bedeutung für die Praxis

Mit dem Begriff der „schweren Verfehlung“ suggeriert der Wortlaut des § 124 Abs.1 Nr. 3 GWB zunächst ein weites Anwendungsfeld. Tatsächlich wird dieses jedoch durch das Erfordernis einer Prognoseentscheidung der Vergabestelle in Hinblick auf die Integrität des Bieters eingeschränkt. Die Frage, ob das persönliche Ansprechen der Mitarbeiter eines Konkurrenten zum Zwecke der Abwerbung generell einen Wettbewerbsverstoß darstellt, konnte hier offenbleiben. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde dies nach dem Beschluss des BayObLG vergaberechtlich nicht zwangsläufig zu einem Ausschluss führen.